

Breves rudimentos sobre “medidas provisórias”

WALTER ANTÔNIO DIAS DUARTE
Promotor de Justiça

Fizemos o presente artigo apenas para tentar acender a discussão ao redor do tormentoso tema. Aguardamos sugestões, críticas fundamentadas (ainda que severas), visando ao estudo do tema em apreço, por ser eminentemente atual, extremamente controverso, e ainda não considerado pelos hermeneutas. O tráfego será em terreno sobremaneira movediço, e, por isso, poderemos nos perder irremediavelmente em meio ao cipal interpretativo.

Ainda que ao depois seja este singelo ponto de vista rechaçado, através de artigos mais fecundos, sentir-nos-emos recompensados.

O texto constitucional

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

As palavras do texto

Merecem destaque no texto supra as palavras “medidas provisórias”, “com força de lei”, “eficácia”, “disciplinar” e “relações jurídicas”.

Realmente em torno de tais palavras deverá girar a interpretação, quer pela aparente novidade (medidas provisórias), quer pela equivocidade (eficácia), quer pela

sinonímia (com força de lei), quer ainda pela relevância no Direito (relações jurídicas), quer pela fiscalização (disciplinar).

Por oportuno, queremos ressaltar que, para a interpretação do texto, os instrumentos serão buscados nos demais ramos do Direito, ora no Direito Administrativo, ora no Direito Civil, ora no Direito Penal, sempre que a semelhança com tais ramos se fizer presente. Por exemplo, a palavra “eficácia” será obviamente analisada à luz do Direito Administrativo.

A interpretação de texto constitucional

A interpretação de texto constitucional, como a interpretação de modo geral, deve ser feita com instrumentos apropriados para a razoabilidade do resultado. Todavia, quando se trata desta espécie de texto, alguns cuidados devem ser tomados, vez que há certos princípios que devem nortear quem faz uma incursão neste campo. Talvez algumas considerações sejam necessárias, mesmo em prejuízo da concisão destes “breves rudimentos”.

Cumprido de início assinalar que nenhum texto legal é tão despido de rigor científico quanto o texto constitucional, pois sua criação e final elaboração estão sujeitas a múltiplas influências, políticas, empresariais, não sendo estranháveis os acordos, as mútuas concessões. O clima em que é criado notabiliza-se pela densidade. Por outro lado, não é a maquiagem do texto em disputa facilmente removível, nem muito sujeita a retoques fáceis e rápidos. Prima, pois, pela permanência.

Assim, “A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado redigidas de **modo sintético, em termos gerais**” (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Carlos Maximiliano, Forense, 9.^a edição, pág. 304) (grifamos).

O mesmo professor elenca preceitos básicos, não obstante às vezes contraditórios, os quais devem ser lembrados na ocasião do exame de um texto dessa espécie. Em outras palavras, podemos resumir:

1 — Na medida do possível, a interpretação deve ser no sentido de tornar constitucionais medidas que a Lei Maior disciplina.

2 — Presume-se a validade do ato, quer do Legislativo, quer do Executivo. “Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato da autoridade” (ob. cit., pág. 307).

3 — Deve-se levar em conta a universalmente conhecida alegação de inconstitucionalidade formal, “...decorrente do fato de não ter o projeto de lei percorrido os trâmites regulares até a publicação respectiva” (ob. cit., pág. 309).

4 — “Não se resolve contra a letra expressa da Constituição, baseado no elemento histórico ou no chamado Direito natural. Cumpre-se o que ressalta dos termos da norma suprema, salvo o caso de forte presunção em contrário” (ob. cit., págs. 309/310).

5 — “Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como estendendo-se de acordo com os mesmos termos, salvo se alguma clara restrição for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita” (ob. cit., pág. 313).

6 — “Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição” (ob. cit., pág. 313). Contudo, “Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja esse atingido, e será perfeita a exegese” (ob. cit., págs. 313/314).

Por ser oportuno, mister salientar que a tentativa de interpretação (quem sabe parcial) do texto em tela pretende se ater, e de outra forma não se concebe, ao campo do Direito, sem considerações políticas, morais etc. Assim, tentou-se eliminar da análise questões colaterais. Destarte, não interessa aqui indagar se a medida provisória é ou não resquício do autoritarismo, outrora plasmado no decreto-lei. Igualmente não pertence a este estudo a discussão sobre se teve ou não independência o Poder Constituinte frente ao Executivo. Da mesma forma não vem ao caso se a medida provisória, criando tipos penais, assustou classes mais favorecidas, até então intangíveis pelo direito repressivo. Nada disso interessa.

A propósito, o professor Hermes Lima traz à colação Hans Kelsen: “Ora, segundo a teoria de Kelsen, a Ciência do Direito é unicamente o conhecimento dessas normas, sem preocupação alguma de as valorizar. A Ciência do Direito limita seu campo ao conhecimento da norma e à análise de sua estrutura... A validade desta norma não pode ser questionada porque seu conteúdo não corresponde a um valor material de algum modo suposto, ou não corresponde à Moral” (Hermes Lima, “Introdução à Ciência do Direito”, 17.^a edição, Livraria Freitas Bastos S/A, pág. 219).

Cumprе, pois, tentarmos analisar o texto que está posto.

A análise

A medida provisória, criada na recente Constituição, é uma forma híbrida de lei e decreto, emergindo do Poder Executivo, posta em prática, temporariamente ou não, dependente de postura do Poder Legislativo no prazo de trinta dias.

Por ter força de lei, mercê de outorga da Lei Maior, traz em seu bojo presunção de legitimidade, de imperatividade, de auto-executoriedade. Por essa razão, a medida provisória carrega a possibilidade de sancionar-se com a aplicação da energia através de pessoas que para o desiderato a Carta Magna capacitou. Tem o caráter imperativo-atributivo, além de sua função organizatória. “Desse modo, comandando, atribuindo, organizando, a lei (aqui a medida provisória) define relações sociais, materializa e localiza o poder de coação, resolve os conflitos de interesse, pune os agressores e integra na estabilidade da estrutura social as mudanças determinadas pelas circunstâncias” (Hermes Lima, ob.cit., págs. 109/110).

O argumento de que a medida provisória não é lei, tanto que a Constituição precisou afirmar que ela tem força de lei, é sem muita consistência. Ora, se tem força de lei, não se consegue vislumbrar como possa ser diminuída sua potencialidade, ou seu alcance, no que tange às alterações que deva causar no corpo social. Aqui, o essencial da equiparação está em sua função na sociedade, e não na forma como foi criada: “a lei deve definir-se pela função que exerce na vida social e não pelo acidente histórico que, por vezes, a faz ser ditada por um poder soberano” (Hermes Lima, ob. cit., pág. 104).

Outra não é a superior lição de Bettiol, na esfera do Direito Penal, cuja extensão não cansa, pela oportunidade:

“Fonte formal do direito penal é a vontade do Estado, ou melhor, a forma por meio da qual a vontade do Estado se manifesta, de modo imperativo e sancionatório, isto é, a lei. Não é o caso, numa exposição de direito penal, de indagar-se a respeito de noções próprias do direito constitucional. Basta advertir que quando se fala de fontes formais se pretende fazer referência não somente às leis formais em sentido verdadeiro e próprio, às leis aprovadas expressamente pelos órgãos legislativos(...) e publicadas no Diário Oficial, como também às leis materiais, àquelas normas jurídicas emanadas do Poder Executivo com fundamento em delegação particular por parte dos órgãos legislativos (decretos legislativos) ou providas — ... — nos casos extraordinários, de necessidade e urgência (decretos-leis), em que as medidas devem ser no mesmo dia apresentadas às Câmaras para sua conversão em lei.

É válida para o direito penal uma regra fundamental, a de que somente a lei escrita, tanto formal quanto substancial, pode ser levada em conta quando se trata de considerar um fato como crime, ou de ameaçar e de aplicar uma pena” (Giuseppe Bettiol, “Direito Penal” — Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do Magistrado Alberto Silva Franco — vol. I, 2.^a edição da 8.^a edição italiana — Editora Revista dos Tribunais — 1977, págs. 132 a 134).

A propósito, no jornal “Folha de S. Paulo”, edição de 27 de março de 1990, página A-8, o cientista político Hélio Jaguaribe admite: “Nos planos financeiros drásticos surge a necessidade de se ter muito rigor na aplicação de novas legislações, o que não pode deixar de ser acompanhado de medidas de caráter policial.”

Poder-se-ia objetar que não pode uma medida provisória criar tipos penais, pois o artigo 5.º, inciso XXXIX, adverte: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Isso nos leva ao problema das chamadas limitações constitucionais.

Antes de mais nada, devemos levar em conta que há duas espécies de limitações: a temporal e a material.

Por guardar a medida provisória estreita ligação com o (extinto) decreto-lei, cremos poder fazer uso dele para as considerações aqui tecidas, posto que tanto uma quanto o outro constituem exceções ao processo legislativo puro.

O artigo 55 da Velha Carta dizia que o Presidente da República poderia expedir decretos-lei somente nos casos de segurança nacional, finanças públicas, incluindo normas tributárias, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. À evidência, tratava-se de limitação material. Por outro lado, o decreto-lei vigoraria no prazo de sessenta dias, caso o Congresso Nacional o rejeitasse, prazo máximo esse. Eis a limitação de tempo.

No tocante à medida provisória, a Constituição aboliu as limitações materiais, cingindo-se tão-somente à limitação de tempo. Decorridos trinta dias da sua publicação, se pelo Poder Legislativo não for convertida em lei, a medida provisória perderá aquilo que o texto chama de eficácia.

Perguntamos: Se a Constituição não cerceou a atividade do chefe do Poder Executivo quanto à matéria, como argumentar que não pode este expedir medida provisória que contenha tipos penais?

Voltando ao decreto-lei, devemos notar que esta espécie de norma podia ter ensejo em questões de “segurança nacional”, e não se consegue imaginar uma

questão de segurança nacional, associada aos fenômenos da urgência e de interesse público relevante, que venha despida de norma penal. Apesar disso, havia na Carta revogada o disposto no artigo 153, § 22: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Como devemos entender, repetindo a pergunta, agora, se foi extinta a limitação quanto à matéria?

Em contrapartida, a medida provisória, por ter força de lei, deve se revestir de certos requisitos para operar no mundo das relações sociais, ou seja, é necessário que tenha eficácia. Assim, deve ela ser genérica, dirigida a todos indistintamente, ou pelo menos a um determinado segmento social, em havendo relevância ou urgência. A circunstância dela não abranger toda a coletividade não a desnatura. Veja-se, por exemplo, em outro campo, onde a abrangência é menor: o tipo penal constante do artigo 242, primeira figura, do CP ("Dar parto alheio como próprio.")

Assim, quando a medida provisória não preenche os requisitos para sua eficaz vigência imediata, qualquer cidadão pode, direta ou indiretamente, provocar o Poder Judiciário, a quem cabe o controle da legalidade, somente não podendo ele se manifestar sobre as conveniência e oportunidade da medida. Assim, não poderia o chefe do Poder Executivo editar medida provisória, elaborando um tipo penal que punisse com a morte, visando a impedir que tentássemos publicar este artigo. Tal medida provisória seria de efeito concreto, e criaria pena que a Constituição veda. Um **habeas corpus** resolveria a questão, antes de qualquer manifestação do Congresso Nacional. Destarte, não é porque a medida provisória é prontamente posta em prática que ela não se sujeita a controle algum. Por outro lado, precisamos partir dos princípios que regem a Administração Pública, e não partir do entendimento de que tudo o que ela faz visa ao caos e à guerra.

Toda essa análise é com vistas voltadas ao Estado de Direito, juridicamente organizado e sujeito às suas próprias leis. A não ser assim, o medo das revoluções, que podem deitar por terra em alguns dias uma Constituição, seria permanente.

Talvez agora tenhamos que adentrar a parte mais complicada da análise, e aqui podem ocorrer os deslizos.

Se a medida provisória pode ser imediatamente posta em prática, produzindo alterações na sociedade, ela está dotada do que se chama de **exeqüibilidade**, também chamada operatividade, que exatamente "é a possibilidade presente no ato administrativo (e aqui na medida provisória) de ser posto imediatamente em execução" (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 4.^a edição, Editora Revista dos Tribunais, 1976, pág. 127).

O preclaro professor distingue com mestria a **exeqüibilidade** da **eficácia**, definindo esta como "a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo (e aqui à medida provisória) para produzir os seus efeitos específicos" (ob. cit., pág. 126). Assim, a medida provisória deve ser eficaz, consequência de um ato válido, definindo este como o que "provém de autoridade competente para praticá-lo e contém todos os requisitos necessários à sua eficácia" (ob. cit., pág. 143). Cumpre, então, de imediato assinalar que a eficácia é um **minus** em relação à exeqüibilidade, e que aquela vem antes desta.

Pode, todavia, ocorrer o seguinte: Conquanto eficaz, uma norma pode estar sujeita a um termo. Por exemplo, quando o poder sujeita o corpo social ao cumprimento de determinada lei, mas somente após o transcurso de determinado prazo (**vacatio legis**). Neste caso, a lei é eficaz, porém, não é exeqüível. Pode

também sujeitar-se o cumprimento da norma eficaz a uma determinada aprovação (embora isso ocorra amiúde com o ato administrativo). Neste caso, a norma eficaz não é exequível, posto atrelada a uma condição suspensiva.

Se (o ato administrativo genericamente falando, ou) a medida provisória é dotada de exequibilidade, pois pode ser posta imediatamente em execução, então é eficaz, pois esta sempre é anterior àquela.

Poder-se-ia novamente aqui objetar, no sentido de que nem sempre a eficácia vem antes da exequibilidade, pois um Poder pode lançar mão de um instrumento legal para o qual não tem permissão, sendo ineficaz a norma, não obstante ele a tenha posto em prática.

Bem, nesse caso, obtemperamos, teríamos um ato nulo, ou mesmo inexistente. Isso ocorreria, por exemplo, se o Congresso Nacional expedisse uma medida provisória. E, se tal ocorrer, não produzirá efeito algum, nem havendo necessidade de serem “disciplinadas” as relações dela decorrentes. Em se falando de medida provisória expedida pelo chefe do Poder Executivo, ela já vem dotada de eficácia, pois, não sendo convertida em lei (formal), deverá o Congresso “disciplinar as relações jurídicas” dela decorrentes. Não fosse reconhecida sua válida e temporária existência, o dispositivo final do parágrafo único do artigo 62 da CF seria mera inutilidade.

Retomando o fio.

Se a medida provisória é exequível, sendo então eficaz, temos o denominado “ato jurídico perfeito”, conceituado como aquele que “reúne todos os elementos necessários à sua exequibilidade ou operatividade, apresentando-se apto e disponível para produzir seus regulares efeitos” (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pág. 144).

Ora, se a medida provisória é dotada de exequibilidade, que pressupõe eficácia (seu aspecto formal), como poderá o Congresso Nacional, no prazo máximo de trinta dias, eventualmente negar sua **eficácia**, desde a edição daquela, se, como dissemos, a eficácia aqui é um **minus** em relação à **exequibilidade**? Como poderá o Poder Legislativo, em negando eficácia à medida provisória, superar o dispositivo constitucional que declara que a lei (neste caso a lei que negar eficácia à medida provisória, ou mesmo o próprio efeito jurídico do silêncio) não prejudicará o ato jurídico perfeito?

Vemos que quando aqui falamos em eficácia e em exequibilidade, não estamos palmilhando espaço meramente teórico. Com efeito, tais conceitos são indispensáveis para a caracterização, da, digamos, medida provisória perfeita. Quanto ao ato jurídico perfeito, preleciona o citado professor Hely Lopes Meirelles: “Essa noção se nos afigura da maior importância prática, em face do nosso direito positivo, que impede a retroatividade da lei quanto ao ‘ato jurídico perfeito’ (...) Este ‘ato jurídico perfeito’, outro não é senão o ato eficaz e exequível, isto é, aquele que, além das condições legais de existência (eficácia), se apresenta disponível para produzir os seus efeitos (exequibilidade). Tanto isto é exato que a própria norma civil considera ‘ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou’ (...). E ato ‘consumado’ não é o que apenas completou o seu ciclo de formação, mas, sim, o que tem todos os requisitos para produzir os seus efeitos finais” (ob. cit., págs. 127/128).

Retirar posteriormente a eficácia de uma norma (que teve operatividade), negando-lhe validade, é minar-lhe o nascedouro, é torná-la inexistente. Acoplar essa realização ao disciplinar das relações jurídicas a que ela deu causa, parece-nos um trabalho impossível.

A solução do impasse não se nos afigura tão simples. Não podemos desnaturar o texto constitucional, tampouco o respeito às funções do Congresso Nacional. Igualmente não podemos desrespeitar o ato jurídico perfeito. Como proceder?

De tudo o que foi dito sobre a eficácia e a exequibilidade, surge uma dúvida: A palavra eficácia contida no texto constitucional estaria em seu sentido técnico-jurídico? A possibilidade de não estar neste sentido não ofende a Carta, pois, como anteriormente dissemos, o texto constitucional nem sempre é dotado de rigor técnico, pela sua própria natureza, por uma série de fatores. Nesse sentido, o professor Carlos Maximiliano (ob. cit., pág. 304).

Temos a impressão, ressalvado juízo mais lúcido, que a palavra “eficácia” foi lavrada com o sentido de eficiência, com aptidão para solucionar tal ou qual problema, parece ligada à palavra competência (em seu sentido leigo). Pensamos mesmo que após uma análise pouco mais detalhada, forçoso concluir que o texto fala em **exequibilidade**. Mesmo porque se tecnicamente fosse a eficácia que a medida provisória perdesse após trinta dias, e se essa eficácia fosse o fundamental da medida provisória quanto aos seus efeitos permanentes, não haveria a necessidade do mandamento: “...devendo o Congresso Nacional **disciplinar** as relações jurídicas delas decorrentes.” (grifamos). Se há tal mandamento, é porque houve exequibilidade reconhecida. Para que se negue eficácia, forçoso admitir que a norma é nula ou inexistente, não podendo produzir resultado algum. A possibilidade de uma indenização pelos danos causados ao corpo social, traduz melhor ainda que houve exequibilidade dela. Por sinal, o texto constitucional fala em “disciplinar”, que não significa destruir, anular, aniquilar.

Se, assim, o Congresso Nacional ficar silente quanto ao disciplinar, e o interessando não deduzir mandado de injunção, as relações jurídicas não poderão ser alteradas, sob pena de violação do texto no que concerne ao já dito ato jurídico perfeito.

Não se poderá olvidar que houve relações jurídicas, e “Relações jurídicas são relações da vida social, entre pessoas consideradas sujeitos de direito, e cujos efeitos a lei garante.” (Hermes Lima, ob. cit., pág. 55).

Voltemos mais uma vez, **ad nauseam**, à exequibilidade.

Como frisamos linhas atrás, a norma, conquanto eficaz, pode não ser exequível, pois pode esta depender da realização de um termo, ou de uma condição suspensiva. Preenchido o requisito de que estava dependendo, ou decorrido o tempo, a operatividade tem azo, e o reparo de falhas **a posteriori** somente poderá ser feito por outra norma. Realmente, como disciplinará o Congresso as relações jurídicas havidas senão através de lei?

Pois bem.

Examinando pouco mais atentamente o disposto no artigo 62 e seu parágrafo único da CF, veremos que o Poder Constituinte criou uma figura curiosa: a **exequibilidade sujeita à condição resolutiva!**

Na verdade, não criou, mas manteve esse fenômeno já existente na revogada Carta. Ao disciplinar o decreto-lei, permitiu que ele tivesse “vigência imediata”, muito embora também pontificasse que o decreto-lei poderia ser eventual e posteriormente revogado. O que temos aqui, senão uma exequibilidade sujeita à condição resolutiva?

Nessa época, já lecionava o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Todavia, o decreto-lei é um ato sob uma como que condição resolutiva, motivo por que

sua rejeição pelo Congresso implica a extinção de seus efeitos, donde a restauração do direito anterior. Destarte, parece imperativa a conclusão de que o decreto-lei revoga, desde o momento de sua edição, as normas com ele colidentes. Mas a revogação é como que condicional. Se a 'condição resolutiva' não se realizar no prazo de sessenta dias, torna-se definitiva essa revogação. Do contrário, restaura-se o direito anterior." ("Curso de Direito Constitucional", 4.^a edição, Saraiva, 1973, págs. 211/212).

Porém, um fato é o decreto-lei, e agora a medida provisória, sujeito à condição resolutiva, outro muito diferente é a exequibilidade sujeita à condição resolutiva.

Na época do decreto-lei, o impasse não veio à tona porque (penso que acidentalmente sob o ponto de vista jurídico) o § 2.º do artigo 55 da Velha Carta determinou: "A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência."

Com relação à medida provisória, não há tal dispositivo. Apenas menciona o texto que o Congresso Nacional, não mais tendo vigência a medida provisória, disciplinará as relações jurídicas dela decorrentes.

Pensamos que no caso do § 2.º artigo 55, supramencionando, a Lei Maior preservou exatamente o ato jurídico perfeito. Difícilmente poderá agora o Poder Legislativo esquecê-lo, sob pena de abalroar a Constituição.

Quando terminávamos este artigo, tomamos conhecimento que o chefe do Poder Executivo retirara do Congresso Nacional as Medidas Provisórias que continham tipos penais. Dessa forma ficará certamente prejudicada a ação de inconstitucionalidade deduzida pela Procuradoria-Geral da República. Ficaremos com a dúvida no que concerne à legalidade de tais Medidas.

Pela leitura da bem elaborada peça, percebemos que se pleiteia ali a inconstitucionalidade das Medidas Provisórias n.ºs 153 e 156, as que contêm tipos penais. Em apertado resumo, percebemos que o argumento da ação se firma no sentido de que a medida provisória, conquanto tenha força de lei, não pode prever tipos penais, pois há o impeditivo constante do artigo 5.º inciso XXXIX, que declina não haver crime sem lei anterior que o defina, e que "o termo 'lei', posto na norma garantidora do direito individual, acima aludida, há de ser interpretado restritivamente em seu sentido exclusivamente formal, norma criada pelo Poder Legislativo".

A exclusão, na referida ação, da inconstitucionalidade das demais Medidas Provisórias cria uma certa perplexidade, sob o ponto de vista interpretativo. Repisemos: tentamos aqui um simples exercício de interpretação, sem qualquer outro foco senão o jurídico.

Pois bem.

Da argumentação concisa da impecável ação mencionada, percebemos que o insigne jurista não agasalha a tese de Bettiol, pois insiste que o termo "lei" contido no artigo que menciona está no seu mais puro sentido, ou seja, lei é a norma jurídica nascida no seio do Congresso Nacional, após causticante trabalho de apresentação, discussão, emendas, aprovação, sanção, veto, promulgação e publicação.

Afinados nesse diapasão, tememos que as demais Medidas Provisórias também sejam inconstitucionais.

Ao examinarmos os incisos do artigo 5.º da CF, deparamo-nos com o de número II, imediatamente após o inciso que rege a igualdade. Diz o inciso II:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

De incomensurável magnitude, basicamente resolve qualquer pendência jurídica no que diz respeito à qualquer coação, venha de onde vier, pois coloca como insofismável farol a lei. Se levarmos a rigor a exegese, poderíamos com total segurança afirmar que esse mandamento engloba o contido no inciso XXXIX, seu corolário. Aliás, não havia na Carta revogada direito individual semelhante a este contido no inciso XXXIX, ao contrário do que ocorria com o outro. Assim, pensamos que não é demasia supor que o artigo 1.º do Código Penal encontrou seu alicerce no mandamento existente no artigo 153, § 2.º da Velha Carta.

Se a palavra “lei” no texto constitucional deva ser entendida somente no seu sentido formal, então o decreto-lei, antigamente, e a medida provisória, agora, são elementos espúrios, que não podem obrigar ao cumprimento.

Por outro lado, não se pode fazer distinção sibilina entre a palavra “lei” contida no inciso XXXIX do artigo 5.º da CF, e a palavra “lei” estampada no inciso II do mesmo artigo. Dessa forma, e ainda no mesmo diapasão, não há como considerarmos certas medidas provisórias como constitucionais e outras como inconstitucionais, sob pena de ler, ou no inciso XXXIX ou no inciso II, o que ali não estiver escrito, ou não ler o que estiver. Assim, todo ato jurídico que de qualquer forma constranja os direitos individuais (direito de ir e vir, direito ao trabalho, direito a propriedade, etc.), deve vir na forma de lei, em seu sentido absolutamente formal. Cumpre notar que mesmo um ato do poder público, ainda que aparentemente autônomo, deve estar alicerçado em alguma lei genérica, que autorizou o poder àquele ato.

Assim, seja direta, seja indiretamente, a lei é o marco divisor, pois se eventualmente referido ato não se conformar à lei (e ao Poder Judiciário cabe o controle da legalidade), será nulo ou até mesmo inexistente.

Dado o seu caráter que põe cerce a direitos e garantias individuais, ou todas as Medidas Provisórias recentemente editadas são inconstitucionais, ou não o são. Não há como pretender separar o que parece o joio e o que parece o trigo.

SIC MIHI VIDETUR

Bibliografia:

1 — **Constituição da República Federativa do Brasil** — 1.ª edição, 1988, Saraiva.

2 — **Constituição da República Federativa do Brasil (REVOGADA)** — 32.ª edição, 1987, Saraiva.

3 — **Código Penal Comentado** — Celso Delmanto—1986, Livraria Freitas Bastos S/A.

4 — **Curso de Direito Constitucional** — Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 4.ª edição, 1973, Saraiva.

5 — **Hermenêutica e Aplicação do Direito** — Carlos Maximiliano, 9.ª edição/2.ª tiragem, 1981, Forense.

6 — **Direito Penal** — Giuseppe Bettiol-Tradução brasileira e notas do Professor Paulo José da Costa Júnior e do Magistrado Alberto Silva Franco, 2.ª edição, 1977, Editora Revista dos Tribunais.



7 — **Introdução à Ciência do Direito**— Hermes Lima, 17.^a edição, Livraria Freitas Bastos S/A.

8 — **Direito Administrativo Brasileiro** — Hely Lopes Meirelles, 4.^a edição, 1976, Editora Revista dos Tribunais.